3.

NIC. HIERONYMI GVNDLINGII
ICTI ET ANTECESSORIS
DIATRIBA
DE

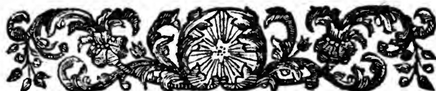
TRANSACTIONE, TESTAMENTI TABVLIS NON INSPECTIS,

Von
Errichtung eines Vergleiches,
ohne
vorhergehende Eröffnung des Testaments.



EDITIO TERTIA CORRECTIOR.

HALAE SALICAE,
APVD IOANN. CHRISTIANVM HENDELIVM
MDCCL.



CAPUT II.

CONSPECTUS.

§. I. *Transfigendi vocabulum in se facile.* §. II. III. *Sed obscuratum Doctorum glossis.* §. IV. *De genere transactionis diversa sententia.* §. V. VI. *Bacbovius notatur.* §. VII. VIII. *Pacti vel decisionis vox substituitur.* §. IX. *& generalissime capitur.* §. X. *Pactum etiam de re dubia datur.* §. XI. *Transactio definitur.* §. XII. *Definitio ex legibus Romanis illustratur, Cicerone.* §. XIII. *Strauchius decisionis vocabulum respuit; Schilterus item.* §. XIV. *Nimia Jure Consultorum subtilitas.* §. XV. *Transactio non est contractus innominatus. Wissenbachius defenditur.* §. XVI. *Nec Nominatus.* §. XVII. *Quæ Disputationes hodie nullius usus.* §. XVIII. *Transactionis a pacto stricte dicto differentia.* §. XIX. *Dubium in Jure quid?* §. XX. *Mos judiciorum culpatus ubi nulla transactio urgetur.* §. XXI. *Zasii & Ventur. de Valent. opinio rejicitur.* §. XXII. *De re certa non transigitur, Paciscimur tamen* §. XXIII. XXIV. *Cautela necessaria.* § XXV. *Refellitur Guttierez juramentum commendans.* §. XXVI. *Huberi observatio cum limitatione admittitur.* §. XXVII. *Valet transactio re modica accepta.* §. XXVIII. *Probibita transactionis species.* §. XXIX. *Nostra sententia proponitur.* §. XXX. XXXI. XXXII. XXXIII. XXXIV. XXXV. XXXVI. *contra communem opinionem & observantiam.*

§. I.

TRansfigendi vocabulum ratione prælucente, & legibus præeuntibus facilis explicationis foret, omnique pene controversia careret, si Jureconsulti rem perspicuam obscura methodo, spinosoque tractandi modo involvere abstinuissent, & naturam rerum considerantes subtilitates suas paulisper seposuissent.

§. II.

At posteaquam semel perversa consuetudo invaluit,

luit, ut nihil rectum putarent, nisi quod secundum Etymologiæ ac Homonymiæ apices probe disceptatum, vel secundum omnes Logicæ acutissimas leges rite ventilatum esset, in partes diversas abiere plures, scribendo ac ita decertando, ut res quæ nullis difficultatibus circumsepta e Democriti puteo nunc videatur esse extrahenda.

§. III.

Hinc enim sudare videas magni nominis Viros, & quærere, an transigere idem sit, ac *ab actione transire;* aut an Metaphorica potius significatio attendenda, qua transigere pro *decidere* usurpetur: an generaliter & late capiendum vocabulum, quemadmodum *Cicero epist. 14. ad familiares n. 4. negotium quodvis ad finem quoque modo perducere transigere* dixit, non sine Legum Romanarum fundamento, quæ in Titulis *ff. Locati l. 15. ff. 4. & l. 229. de V. S.* eodem modo Ulpiano & Paulo Authoribus loquuntur.

§. IV.

Quibus argutiis nondum finis est cum ad genus transactionis devolvuntur. Apparent hic aliæ & acriores disputationes. Pactum quidam, conventionem nonnulli, contractum innominatum aliqui, aliqui nominatum substituunt. Alii hæc omnia negant, ut quo Te vertas, quasve partes eligas, sine prævia deliberatione vix scias.

§. V.

Multa in his *Reinerus Bachovius* congessit, qui ne *Treutlero* adsentiretur ac Antonio Fabro, quos oppugnandos sibi plerumque sumsit, inter ipsam transactionem & ejusdem modum distinxit, in hoc sibi felix visus, quod vocabulum decisionis invenerit, quo ipso quicquid controversiarum est uno ictu convellere liceret.

§. VI.

§. VI.

Ita enim ille in *Protis hoc Tit. cap. 1. n. 1. Revera transactio nihil aliud est, nisi ipsa decisio; sed modi transigendi sunt pactiones, & contractus; utcunque communiter hæc confundant, & pariter cum Fabro & Treutlero hac in re offendant Doctores, de quornm opinione etiam attestatur Antonius Delrio ad l. 18. Cod. h. tit. n. 4. add. notæ ad Wesenb. h. t.*

§. VII.

Anxius primum hæsi cui me tuto committterem, cum gladios utrinque districtos viderem, textus allegatos, rationes citatas; haud secus, quam cum Philosophi de genere Logices aciem instruunt, & de rebus non adeo magni momenti ad pugnam proruunt.

§. VIII.

Sed deprehendi tandem, me sine periculo generis loco vocabulum pacti retinere posse, nec reliquos etiam adeo culpandos esse, qui aut conventionis aut decisionis nomen usurpant. Quod si secundum Juris Naturalis principia rem decisam vellemus non multum credo laborandum esset. Ignorant hæc contractus omnes; nominatos, innominatos, bonæ fidei & stricti juris; desunt ibi acceptilationum & stipulationum solennitates; aliaque subtilitatis Romanæ inventa, quæ ratio status plerumque invexit, & perpetua Patrum cum plebejis æmulatio.

§. IX.

Itaque jam majori cura ac consideratione opus est, ne impingamus, & Juris Civilis principia ignorasse putemur. Quod forte evitare facile licebit; si pacti vocem generaliter adeo, non sine legum adsensu, supponamus, ut æque late atque conventio pateat, cui vel stipulatio, vel acceptilatio eo sæpe fine adjungebatur, ut

non tantum exceptio competeret, ſed etiam actio, quæ ex nuda pactione regulariter Romanis non auferebatur, tolleretur.

§. X.

Neque nos tangunt, quæ communiter alias objiciuntur, quaſi videlicet pactum de re dubia nunquam iniri poſſit, bene tamen de rebus aliis, quæ ad liquidum perductæ ſunt, aut ultro patent. Nam valde dubito, an hæc tuto adſerantur. Lex *f. Codicis de Pactis* alia omnia docet, in qua *liti renunciari poſſe* dicitur; Lis autem eſt res incerta ſeu dubia.

§. XI.

Unde transactio tale mihi, pactum erit de re dubia pretio componenda, donec inconvenientia quædam demonſtretur, aut quod liberum ſit textus adverſi e Jure Juſtinianeo adferantur.

§. XII.

Non equidem in ea ſum opinione, ac ſi Veteres Jureconſultos tam exacte omnia definiviſſe arbitrer: Noti ſunt eorum nævi; nota infirmitas; *Accurate non ſemper agunt & ſubtiliter* inquit, *Bachovius ad Weſenbecium n. 2.* ſed tamen ſi qui ſint, qui nec nimium acuti eſſe volunt, aut quærere nodum in ſcirpo, aut authoritates quasvis contemnere; ii *legem 9. ff. ult. h. t.* inſpicere poſſunt, ubi, *pacto transegit, iniquum eſt perimi pacto;* item *L. 15. Cod. hoc tit. Inſere pacti exemplum & ſola conventio. L. 17. eodem: litem transactione deciſam: de conventione reſiliiſſe, pacto ſtari; transactionis placito, exceptionem pacti.* l. 28. eod. *Transactio interpoſita eſt, conveniſſe te ſine ſcriptura* proponis ex pacto &c. vid. *Huberus Prælect. ad Pandect. de transact. ff. 2.* De quibus tamen multis digladiari nollem; cum non neſciam nos poſſe; ſed ſi moveri ſatis nequeas, *Ciceronem*

nem adde, qui in *Oratione pro Roscio, transactionem Fanni & Roscii pactionem*, & *decisionem* vocat Orator simul & Jureconsultus. conf. *Duaren. h. tit.*

§. XIII.

Ex quo apparet me non sine ratione supra adstruxisse, etiam decisionis vocem tolerari posse nisi cum *Strauchio dissert. Theor. Pract. 26. aph. 5.* grammaticam mihi litem movere velis, qui *decessionem* dixit quod nos *decisionem* appellamus. *Neque enim*, ait *definit litem pronunciando secundum alterutrum, alterius intentione reprobata, quod est decidere, definire, vel condemnando vel absolvendo: sed formaliter consistit transactio in abolitione litis, seu nuda, ut sic dicam desistentia & abstinentia.* Cui similis *Schilteri ad ff. h. tit. §. 1.* nota est, qui decisionem non ad *genus*, sed ad *effectum* transactionis pertinere arbitratur.

§. XIV.

Fateor enim ingenue Criticas aut Metaphysicas rationes vix deesse iis, qui talibus delectantur; nosque diu litigare posse de rebus nauci, aut Syllogismis decertare, qui nauseam adstantibus creabant solidiora exspectantibus, & magis utilia.

§. XV.

Unum restat ut videamus, an *perverse neget Wissenbachius* transactionem per contractum innominatum fieri posse; quæ *Domini Lynkeri* verba sunt, hanc opinionem nimium quantum tuentis, *vid. ejusd. Commentar. in Jus Civ. h. tit. §. 3.* Rationes *Wissenbachii* hæ sunt. In contractu innominato pœnitentiæ locus est; in transactione non item. Datio autem, quæ subsequitur, pertinet ad consummationem & effectum transactionis. Quemadmodum in emptione, venditione rei traditio velut implementum contractus desideratur. In transactione

ne quatenus pactum est nihil dum datur; sed conventio est de dando remittendæ actionis causa. Ex post facto eam pene in contractum innominatum degenerare, & Wissenbachius concedunt & Huberus, qui Præceptorem defendit. Ergo etiam actioni præscriptis verbis olim locus fuit quæ in omnibus pactis ac transactionibus ab altera parte consummatis adhiberi poterat. Placet rem exprimere gravissimis *Huberi* verbis in *præl. ad ff. de pact. §. 2. Recte* Aristo *apud Ulpianum l. 7. §. 2. h. tit. respondit, si causa facti vel traditionis subsit, esse obligationem, ut puta; dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias; hoc (συνάλλαγμα) id est contractum esse, & hinc nasci civilem obligationem. Secundum quæ Imperatores in lege Cod. de pact. rescripsere, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci, tunc eo jure nos uti, cum pactum nudum est; alioqui cum pecunia datur, (secus cum promittitur) & aliquid de reddenda ea convenit utilem esse condictionem, neque enim pacto amplius, sed contractu innominato adversarium habent devinctum l. 6. Cod. de Trans. Ex quibus intelligitur, omne pactum ab altera parte consummatum transire semper in obligationem innominatam, & actioni præscriptis verbis esse subjectam.* Nec valde repugnabo laudato Lynkero, qui ex capite causæ non secutæ id quod datum vel remissum est condici potuisse adfirmat, dummodo in allegata a se *lege 3. ff. de condict. caus. dat.* observasset, sub hac conditione pecuniam fuisse datam, ut simul repromitteretur, aut caveretur de non eundo ad Judicem: quod cum factum non fuisset, condictionem, cadente transactione, concessit Ulpianus, Wissenbachio, & nobis nullo modo contrarius. *add. Wissenb. ad ff. h. t. §. 4.*

§. XVI.

Reliquis, qui contractum nominatum in transactione

ne ex *lege 7. Codicis de his quæ vi metusque causa & lege 17. Cod. de fide Instrumentorum* sibi fingunt, cum eodem *Wissenbachio* dictum velim, transactionem propter quandam similitudinem, contractibus adjectam fuisse; non ut exæquaretur penitus, cum exæquationis fundamentum deficiat, & ut probe adnotavit *doctissimus Huberus* materia ad contrahendum habilis. Unde *Wesenbeccius* distractum potius voluit, quam contractum, magis sanus quam alii, qui clarissima verba crepant. Quod autem in legibus ita vocetur, mirandum non est, cum & precarium nominetur contractus adnotante *Bækelmanno ad ff. h.t. ∬. 2.* quod tamen ab illorum numero communiter excluditur.

§. XVII.

Sed satis de his disputatum est. Per me appelles transactionem, quomodocunque velis. Hæ tricæ maximam partem hodie inutiles sunt, posteaquam moribus nostris ex omni pacto actio competit; ita ut tanta solicitudine non videatur opus, perlustrare Juris Romani abyssos, conciliare leges, distinguere, limitare, altercari, cum altercari non sit nostrum.

§. XVIII.

Ad rem ipsam accedendum est. Illa incerta esse debet, dubia; & ut a pacto specialiter & stricte dicto rite discernatur, de pretio simul dando, vel retinendo aliquo conveniendum. Quæ conjunctim sumta transactionis formam videntur constituere. Jam si per ambages ire placeret, ostendendum primo foret, quid Logice dubium, quid moraliter, quid Juridice. Explicandæ essent diversæ certitudinis species; ut contraria juxta se posita magis elucescerent. Separandum incognitum; Refutandi Sceptici, ut excrescerent paginæ, & tractatus primi speciminis loco conscriberetur.

§. XIX.

Sed salva res est. Dubium ac incertum vocant Jure Consulti, de quo vel lis movetur, vel probabiliter metuitur, vel aliqua saltem controversiæ futuræ suspicio adest; vel alia quædam causa, quæ amicabilem compositionem suadeat. Est enim transactionis finis evitare litis molestias, & finire potius, quam inter spem metumque Rabulis se submittere, & si perdendum quidpiam, celeriter potius interire, quam inter perpetuos formularum æstus torrefieri. Pertinet huc egregius *Grotii* locus, qui in ejus *adnotationibus ad Matth. cap. 5. ſ. 40.* invenitur: *Si spectentur*, inquit, *quæ plerumque litibus solent accedere, animus exulceratus, vafræ artes, sine fine ampliatio, impendia, avocatio a negotiis melioribus, odia denique, non dubium est, quin vir bonus & prudens multo, si posset libentius sit iturus ad Arbitrum, aut etiam quavis tolerabili pactione tot molestias redempturus. Non improbat Prætor, ait Ulpianus l. 4. ſ. 1. ff. de alien. Judic. mut. caus. fact. factum ejus, qui tanti habuit re carere, ne propter eam sæpius litigaret. Hæc enim verecunda cogitatio ejus, qui lites exsecratur, non est vituperanda.* Et paulo post: *Cicero de officiis II. laudat a litibus quantum licet, aut etiam paulo plusquam licet abhorrentem.* Adde ego *l. fin. ff. famil. erciscund.* ubi *Papinianus* extollit fratres, *quod lite renunciata ultroneam transactionem inierunt.*

§. XX.

Non itaque probanda est in aliquibus Judiciis consuetudo, secundum quam rarissime, imo nunquam amicabilis compositio suscipitur, nisi eam urgeat ipse reus. Ad Judicis officium id pertinet; etiamsi pars nulla inclinatione aut propensione quadam ad concordiam feratur. Pie ac recte *Jodocus Damhouder in Praxi Civili c. 19. n. 4. Hoc omnibus*, inquit, *Judicibus ex Christiana charitate velim*

esse

esse familiare, ut quoties coram ipsis ullus Processus intendatur, partes per se, aut per alios concordandas curent si possint, priusquam ad odiosas & vorcacissimas lites descendant. Id enim facientes non tantum pii Judicis sed etiam veri ac sinceri hominis Christiani officium referunt, apostolicam Doctrinam sequuntur, & ad Christi servatoris nostri ac Pacifici exemplum se componunt, idque imitatione exprimere curant.

§. XXI.

Est enim hic vanum & inane *Uldarici Zasii ad leg. 26. ff. de re judicata* effugium, qui non decere, sibi persuadet, Judicem partes ad Concordiam disponere, postquam merita causæ didicit; & absurdior *multo Ventur. de Valent. in Parthenio litigioso lib. 2. cap. 4. n. 9.* adsertio, qui graviter eum peccare statuit, qui postquam ex actis intellexerit, quæ pars litigantium iustam obtineat causam, illi persuadere velit, ut transactionem ineat. Quid enim? An falli nescii sunt Judices? an ab omni errore immunes? an cum publicata jam sententia est, lis statim finita? an cessant remedia suspensiva? an metus litis continuandæ remotus omnis? Miseret me horum hominum, qui dum subtiles esse volunt, & justitiæ famam adfectant ad extremum dilabuntur, aut pertinaces sine ratione, aut forte avari.

§. XXII.

Forma igitur, & fine transactionis, qui litium evitatio est, detectis, permultæ conclusiones de quibus alias Doctores nimium decertant ultro patebunt. Nam si incerta ac dubia res in transactione supponitur, non nisi Domitius quæret, an de re certa, & ubi nulla lis versatur, liceat transigere, aut an si facta proponatur, ipso Jure nulla & invalida sit. Non opus est ad hoc probandum præjudiciis, decisionibus, vel Jure Consultorum Responsis: licet e *Brunnemanni* Commentario ad digesta adferat ali-

quod *Schilterus* exemplum. Res ipsa clara est, nullam esse transactionem, ubi forma & finis transactionis deficit. Sed annon valere queat, ut aliud quoddam pactum, diversa quæstio est. Mihi sic videtur. Aut partes solennem celebrare transactionem intendunt, aut non. Sin prius præter consensum utriusque partis in idem placitum, adhuc res incerta ob litem sive præsentem, sive instantem, seu alias dubia desideratur. Et ita respondisse JC. *Kilonienses a. 1668. d. 21. Jan. & Francofurtenses a. 1669. d. 24. Octobr.* Viri Illustres Strykius & Schilterus testantur. Hic *Exerc. ad ff. IX. §. IV.* Ille *de Cautelis Cont. sect. 3. cap. 7. §. 2.* Sin vero posterius valebit sane conventio, ut aliud quoddam pactum, etiamsi jus certum ac indubitatum remittatur. Paciscimur enim de re certa quoque, & transigimus de re dubia pretio dato. Quæ duo conjungenda omnino sunt, ne nobis etiam pacta de re dubia fieri, uti supra ostensum, aut interdum pretium intervenire pactis posse objiciant. Nunquam enim in pacto rei incertitudo, & pretium erit simul; quæ genuina transactionis & pacti differentia est, ad quam meum semper reflectere Lectorem velim.

§. XXIII.

Quamobrem valde arrident, quæ laudatus Dominus Ordinarius noster in dubio Cautelæ loco addenda censet, ne dum finire lites volumus novas seramus. Solte auch der jetzo getroffene Vergleich in allen Puncten als eine Transactio de Jure nicht bestehen können, soll es doch gelten, als ein pactum simplex, oder liberalis Remissio, und translatio Juris sui, oder wie er sonst zu recht am kräfftigsten bestehen kan. vide Caut. Contr. *sect. 3. cap. 7. §. 3.*

§. XXIV.

Quo ipso variæ disceptationes ac cavillationes uno ictu

ictu præscinduntur; neque dubium est, etiam de re, quæ in vim judicati transiit, ita pacisci fas esse, nosque quamplurimis limitationibus tuto carere, quas alii non consideratis his circumstantiis excogitare habuere necessum.

§. XXV.

Sic plane inutile additamentum est, quod *Guttierez Tract. de Jurament. Confirm. part. 3. cap. 4.* tam sancte commendat, ut nempe transactioni super re certa, vel judicata addatur *Juramentum*, in hoc falsus, quod novam ex jurejurando oriri obligationem Pontificiorum more sibi persuaserit.

§. XXVI.

Eodem referenda *Huberi ad h. tit. ƒ. 2. Observatio*; quamlibet præstationem non esse habendam pro pretio; sed hoc ejusmodi esse oportere, ut pretio, sive præstatione reali, non remittendi animo a lite desistatur. Vera enim hæc sunt, si solennis & omni numero absoluta transactio esse debeat: frustranea vero ac falsa, si ad quodvis pactum extendantur, quod tamen nec ipsum censuisse *Huberum* ex subjecto præjudicio constat.

§. XXVII.

Aliter vero judicandum est, cum quæritur, an re minima seu modica accepta valeat transactio: aut an illa potius ob immoderatam læsionem rescindenda veniat. Nam positis semel principiis nostris, probabilior sane Negantium opinio videtur, qui ad transactionem nihil aliud requiri arbitrantur, quam rem dubiam, & pretium, quod hic etiam cum modicum datur adest. Rem autem modicam & nullam, æquiparari penitus, vix persuadebit *Gilkenius ad leg. 8. Cod. de Transact.* Habemus D. Marci orationem, quam *Leg. 8. ff. h. tit. Ulpianus* adducit, in qua modico accepto transactionem de alimentis invalidam

pronunciare veretur, dummodo autore Prætore facta esset. Quod sane fieri non potuisset, si modicum & nullum in eadem semper classe reponendum foret. Transactionum favor in finiendis litibus magnus est. Satis ille censetur lucrari, qui aliquo saltem accepto a lite discedit, cujus molestiæ viris honestis intolerabiles accidunt. Conf. *Anton. Faber de Erroribus Pragmat. dec. 8. Error. 10.* & *Schifferdegg. lib. 2. tract. 25. de Transact. quæst. 1. Hottomannus Conf. 4. &c.*

§. XXVIII.

Quibus observatis facilior quæstionum illarum excussio erit, quæ de prohibitis transactionibus agunt. Sunt enim res quædam apud Romanos exceptæ, veluti alimenta futura, Crimina non capitalia, adulterium, delicta privata futura &c. de quibus nulla valida transactio creditur, ob peculiares rationes, quæ in plerisque systematibus prolixe, sed interdum etiam confuse recensentur.

§. XXIX.

Nos iis controversiis hoc tempore non immorabimur: ne rerum mole obruti volumen scribere cogamur; cum brevem dissertationem moliamur: In hoc potius substituri, an transigi possit de relictis in testamento, tabulis nondum inspectis.

§. XXX.

Decertandum hic nobis erit cum communi Doctorum schola, quæ negativam & legibus satagit defendere, & rationibus, pugnandumve cum illis, qui Carpzovio suo contenti, & Gailio, ad Responsa, Consilia, Definitiones, ac Decisiones suas provocant, & quicquid in contrarium dicitur, ac movetur, cum contemtu rejiciunt.

§. XXXI.

Quod dum profiteor temperare mihi non potero, quin

quin falsas illorum ratiocinationes detegam, quas ad inficetum emblema Triboniani defendendum excogitarunt, & simul complurium Doctorum testimoniis stabilire satagere.

§. XXXII.

Satius enim credo ac consultius, in ipsas leges inquirere, ad quas proclamant, & earum rimari sensum, quam sequi cœcos, quo pes fert, aut ampliationibus Caussidicorum confidere, qui Pragmaticorum suorum dumetis inerrantes satis habent, si absonam quandam quæstionem, vel ampliationem deprehendant, aut prolixum ex Hispania & Italia nomen venentur.

§. XXXIII.

Bartolum, Baldum, Odofredum, Jasonem propter mille annos veneramur; sed rationes eorum examinamus. Judicia in quibus ad leges simul, & naturalem æquitatem respectus habetur, ea qua par est observantia, colimus; Ea vero ubi

Pistor qui fuerat diu.
Nunc causas agit, & ducenta quærit.

non admodum moramur, nec Astrææ vel sapientiæ injuriam fieri credimus, si a fabulis eorum, quas vendunt, permissa omnibus libertate recedamus.

§. XXXIV.

Habemus iam Viros Magnos & acres, quibus misera & e communibus opinionibus consuta Jurisprudentia incipit displicere; quibusve non poterit non nostrum probari institutum, quo capitalem in transactionis materia errorem in apricum producere allaborabimus.

§. XXXV.

Nam leges quas producunt adversæ sententiæ Patroni non probabunt quod intendunt. Confirmabunt

eædem

eædem nostras adsertiones potius, & ubi res dubia, ubi pretium simul conventum valida transactionis placita declarabant iis, quibus veritas pro Autoritate, non autoritas pro veritate sufficit.

§. XXXVI.

Quod ut ordine fiat, singula ab iis prolata perlustrabimus, examinaturi causarum momenta ac pondera, quibus confidunt, ne se frustra refutari, aut lacerari intempestive conquerantur.

CAPUT II.

CONSPECTUS.

§. I. *Communis opinionis fundamentum. l 6 ff. de transact.* §. II. III. *qua nituntur veteres & recent.* §. IV. *Accursius notatur a Bachorio & Vinnio.* §. V. *L. 6. ad Codicillos extensa, ad Test. Nuncup.* §. VI. *Nec Judici concessum ut sine tabularum inspectione judicaret.* §. VII. *Huic renunciare nefas.* §. VIII. *etiam interveniente Juramento.* §. IX. *Aliud in instrumentis aliis.* §. X. *Ratio I. ex favore ultimarum voluntatum desumta.* § XI. *Qua omnibus gentibus cura.* §. XII. *Et Juris Naturæ dicuntur.* § XIII. *Ratio II. exitum Testamentorum prætexit.* § XIV. *Ratio III. ipsam naturam transactionis.* §. XV. *In qua dubium esse debet non incognitum.* §. XVI. XVII. *Ratio IV. a Legislatoria Triboniani potestate accersitur, & duplici legum sensu.* §. XVIII. *quod e Græcis confirmatur.* §. XIX. *& ipsius Justiniani constit.* §. XX. *Ratio V. Communi Doctorum consensui vim legis tribuit.* § XXI. *& interpretativam consuetudinem stabilit.* §. XXII. *limitationes Doctorum*, §. XXIII. *Schilteri.* §. XXIV. *Ruini, Lynckeri.* §. XXV. *Hartmanni Pistoris.* §. XXVI. *Antonii Fabri.* §. XXVII. *An gratuita Remissio licita non inspectis Tabulis.* §. XXVIII. *An Fidei commisso renunciare concessum.* §. XXIX. XXX. XXXI. XXXII. *Cautela duæ adjectæ.*

§. I.

COmmunis, quam adorimur opinio multis munimentis ac operibus circumvallata est, ne facilis sit accessus oppugnandi eam, aut perimendi. Unde Leges primum in aciem producuntur, ac textus, qui in causa

maxime

maxime fuere, cur tantas radices egerit sententia, nulla alias ratione suffulta. Sic enim *Cajus l.6.ff. de Transact. De his controversiis quæ ex Testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis Testamenti.* Cui *lex 1. D. Testam. quemadm. aper.* statim subjicitur, cujus laciniæ id quod in priori accisum magis est, apertius declarare & majori lumine videntur illustrare.

§. II.

Hisce nec scrupulum, nec difficultatem ullam objici posse *Bartolus* aliique credidere, qui eum ad nostra usque tempora secuti sunt, & hanc velut illustrem in Transactionis materia exceptionem Commentariis, Systematibus ac compendiis suis inscripserunt.

§. III.

Ad ampliationes ergo atque extensiones prolapsi, quæ consueta Doctorum methodus est, id egerunt, ut plures conclusiones e clarissimis verbis elicerent, & in praxi, quo omnis collimare Theoria debet, sua autoritate stabilirent.

§. IV.

Male erat *Accursio,* qui nescio, quo fato post inspecta verba Testamenti rem non amplius dubiam, & Transactioni aptam esse dixit: inanis propterea a *Bachovio in protis hoc tit. cap. 2. §. 5.* appellatus, jejunus a Vinnio, *quæst. jurid. cap. 7. p.m. 40.* qui multa adhuc dubia etiam post tabularum exactissimam considerationem obvenire posse, extra omnem disceptationis aleam posuere.

§. V.

In hoc plerique conveniebant, Leges adductas etiam ad Codicillos pertinere, quia ut floridissime rem exprimit

primit *Glossa*, codicilli se habent ad Testamentum, sicut scapha ad navim. add. *l. fin. Cod. test. quem. aperiantur.* De Testamento Nuncupativo, quia verbis ore prolatis absolvitur, nihil duxere monendum. Postea vero, cum viderent ejusmodi testamentum probationis gratia in scriptis sæpe redigi, tam necessariam inspectionem volvere, ac est in iis, quæ primum scribuntur. Sin nudis verbis & voce tantum nuncupatum foret, hanc constitutionem κατὰ τὸ ῥητὸν exclusere; at testium, qui viderant & audiverant defunctum, examen ac depositionem omni jure esse præmittendam demonstrarunt, siquidem valida transactionis placita esse debeant, nec impugnationi locus concedendus. vid. *Bachov. ad Treutler. hoc tit. Vol. 1. th. IV. lit. E.*

§. VI.

Quod ipsum tam rigide observarunt, ut nec ipsi judici facultatem aliter pronunciandi concesserint; fatuumque appellaverint, qui non inspecto testamento, a quo tota vis causæ, & intentionis dependet ad ferendam sententiam properaret. Hinc novum *Accursius* periculum incurrit, & cum eo *Baldus*, qui Judicis libertatem relaxantes, tam arctis ejus autoritatem vinculis colligatam noluere, depexi propterea a *Jasone in cit. l. 6. col. 2.* qui mirari se istum errorem dixit, cum apertissima verba legis *l. test. quem. aper.* obsistant, ubi nec apud Judicem aliter exquiri veritatem posse, expressissime inveniatur. conf. *idem Bach. l. cit.*

§. VII.

Nec mitiora fata idem *Accursius* habuit, postquam inspectioni huic renunciare partes posse putavit. Suscepere communem causam *Jason, Castrensis* & *Bartolus*, multisque rationibus ostenderunt, huic prohibitioni renunciare

ciare nefas esse, nec concedendum, ut legibus repudium mittatur, quæ publicæ utilitatis gratia latæ sunt, nec merum favorem, sed odium eorum continent, qui occultatis tabulis cum aliorum detrimento non nihil lucri aucupantur.

§. VIII.

Treutlerus vero & cum eo per bonam consequentiam Guttierez, Bachovio *pœnas dederunt, qui Juramento interveniente renunciationem validam pronunciarunt*, & *talem conventionem* contra bonos mores civiles tantum esse pronunciarunt. *Quod insubtiliter*, inquit *Bachov. l. cit. & incongrue dicitur. Voluit aut debuit dicere, valere Juramentum, quia renunciatio, cui accessit Juramentum sit contra bonos mores Juris Civilis. Videtur autem existimare Treutlerus, quod Juramentum hoc etiam Jure Civili sit obligatorium: quod secus videtur, tum per textum generalem in leg. 5. Cod. de Legibus: tum quia sicut Jure Canonico non valet Juramentum contra bonos mores Juris Canonici, ita nec Jure Civili valere debet contra bonos mores illius Juris.*

§. IX.

De instrumentis inter vivos factis nulla controversia est. Transigas hic licet iis inspectis, aut non inspectis; Nostra prohibitio ad Testamenta tantum pertinere, statuitur, quorum insignis in Jure Romano favor est, ne occultentur aut supprimantur.

§. X.

Horum enim curam majorem leges habent ait *Clarissimus Lynkerus in Commentar. h. t. ʃ. XI.* Qui autem Testamenta vel plane abolent, vel consulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiunt. Quo pacto illectantur legatarii aut fidei Commissarii ad transigendum, & modicum forte præsens pro relicto alicujus momenti,

quod ignorant accipiendum, per legem *8. ff.* de Transactionibus. *Vinnius quæst. sel. l. 1. cap. 8. p. 38.*

§. XI.

Quod non tantum ex speciali, & Romanis propria ratione descendere arbitratur *Schilterus exerc. ad ff. IX. § 9.* sed ex natura ultimarum Voluntatum generatim, quarum causa favorabilis videtur omnibus gentibus, quibus pietas erga defunctos cordi; inter quas etiam Germani haud postremi, de quibus *Tacitus cap. 17. Lamenta a lacrimas cito, dolorem & tristitiam tarde ponunt. Fœminis lugere honestum est; viris meminisse.*

§. XII.

Unde Juris naturæ esse dicitur, ut testamentis & ultimis voluntatibus hominum autoritas sua constet, iisque fides habeatur, sed quot testes a testatore adhibendi sint, ut testamento credi tuto possit, constitutioni humanæ relictum est: *Horn. Phil. Moral. 4. cap. 3.*

§. XIII.

Ex quo aperte altera, quam *Vinnius* urget *quæst. jur. l. cit.* ratio fluit, publice expedire ut suprema hominum judicia exitum habeant, nec per transactiones hujusmodi facile circumveniantur. Quæ ratio ut ut inepta aliquibus visa sit, fundata tamen, secundum ejus opinionem, in D. Marci Oratione est, qua in senatu recitata effecit ut ne super alimentis testamento transigi possit sine Prætore. *d. l. 8. pr. ff. de transact.*

§. XIV.

Quibus omnibus demum ipsa natura transactionum accedit ad quam Bachovius & Schilterus respiciendum maxime censuere; quæ in eo potissimum sita est ut res sit dubia & controversa. Ante inspectionem & aperturam tabularum res nondum dubia neque certa dici potest,

est,sed neutro jure habetur. Unde Cajus simpliciter ait; *Non potest transigi.* Quæ formula iis rebus adaptari solet, quæ ex natura rei sic sunt comparatæ, *l. fin. d. Reg. I.* quemadmodum servus Reipublicæ causa abesse *non potest*, quum natura servitutis in privatione libertatis Quiritium consistat & mortalitati fere comparetur *l. 209. eodem.* Fœminæ judices esse *non possunt*, nec postulare *l. 6. eod.* per naturam sexus sui. Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri *non potest l. 11. eod.* hoc est: nulla quacunque tandem ratione.

§. XV.

Dubium itaque est, sic pergit *Schilterus*, non quod nescitur in totum, sed cujus veritas & certitudo legitime inquisita exquiri, ob rationes sibi invicem contrarias non potuit. Qui vero omnem plane inquisitionem supine negligit, ille rem quidem nescit & ignorat, pro dubia habere non potest, quia rationes contrarias non expendit, nec pro certa, quia tabulas nondum inspexit. Atqui ratio formalis dubietatis consistit in cognitione, & comparatione argumentorum ex utraque parte æqualium, quæ adsensum nostrum suspendant. Nam inepte dubitat, qui medio, quo veritas inquiri debet ac potest uti detrectat.

§. XVI.

Quæ rationes si sufficere nequeant iis, qui contrariantur; ad legislatoriam Triboniani autoritatem confugiendum esse idem suadet *Schilterus*. Hac eum semper adeo tutum esse, ut non tam amplius quæratur, quid Gajus aut Paulus senserint, sed quæ mens Imperatoris sit, qui sententias Jure Consultorum suas sibi fecit, & leges esse jussit.

§. XVII.

In quem finem nonnulla quoque de duplici legum

sensu adspergit, generaliori & specialiori; quorum alterum Jureconsultus, alterum Imperator intendit. In foro autem non illum respici, sed hunc potissimum. Hinc, esse quod Basilica, licet horum ævo commentarii Jureconsultorum integri adhuc extarent, tamen verba & sensum operis Justinianei κατὰ πόδα sequantur.

§. XVIII.

Nec dubito, quin ei hic rursus addendus sit *Vinnius quæst. Juris loc. cit.* qui in nostra controversia ad Græcos provocat Caji sententiam rectissime sic reddentes: περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων ὅτε διαλύεσθαι δυνατὸν, ὅτε τὶ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.

§. XIX.

Cui addi posset commune alias Jureconsultorum nostrorum adsertum, Abolitos esse Veterum Jureconsultorum libros & falsi accusandos censuisse Justinianum eos, *l. 1. Cod. de Vet. Jure enucl.* qui inde circa legum emendationem, vel causarum decisionem præsidium caperent. Solis ergo legibus potius Imperatoris standum esse; illosque demum boni Interpretis munere fungi, qui ex præscripto Justiniani, subtili animo quoad leges in speciem pugnantes diversitatis rationem excutiunt, & ex earum visceribus dissonantiæ quærelam dissolvunt.

§. XX.

Quæ magis adhuc speciosa evadunt, si quod alii audacter affirmant, dicatur, gaudere adhuc hodie Jureconsultos interpretandi potestate, communemque eorum consensum, vim legis, aut juris non scripti etiamnum obtinere.

§. XXI.

Hæc enim est illa decantata observantia, illa interpreta-

pretativa consuetudo, quam alii ex septenario Doctorum numero æstimant, alii aliter, & aliunde. Vid. *Schilter. Exerc. ad h.l. ∫.4.*

§. XXII.

Quibus in speciem præmissis, nihil reliquum existimarunt communis sententiæ Parastatæ, quam ut limitationes suas adderent ne quid inconcinni ipsis objici possit, aut cum analogia juris directe pugnans. Addunt ergo hæc omnia obtinere tum demum, si modo tabulæ possint inspici: his extinctis recte transigi: Quæ enim inspectio, si casus aboluit tabulas, & scripturam intervertit? *Hoc casu*, ita philosophatur sæpius citatus *Schilterus, jam incipit res adeo esse incerta, ut exquisitis omnibus certa fieri vix possit, nisi transactione aut arbitrio judicis: qui v.g. legati quantitatem secundum patrimonii æstimationem, & personæ petentis qualitatem definire potest.*

§. XXIII.

Sic Mevius *Part. 7. decis. 9.* ex testamento utut invalido, deberi putat legata ab eo, qui super isto transegit ut valeret. Nam etsi testamentum impugnandi ratio non injusta videatur, tamen facultas excluditur, post transactionem super eo, per quam approbatur. In uno voluntatem defuncti agnoscens in cæteris observare opus habet, etsi super iis non transegerit: Multo itaque magis si transegerit.

§. XXIV.

Neque in eo tam rigidi sunt, ac severi omnes, ut præcise omnium in testamento accuratam ex scripturis scientiam urgeant; sufficit iis aliunde hausta cognitio eorum quæ in testamento scripta sunt. *Lynker. de Transact. ∫. 12.* & ut *Ruinus Vol. 2. cons. 14. n. 14.* loquitur, *si intellectus oculo conspexerint verba.*

§. XXV.

§. XXV.

Hartmannis Piſtoris vero *Obſerv.132. l.42.* tam facilis eſt ut hæredem ab inteſtato audiendum non eſſe ſtatuat, qui cum hærede ſcripto transegit, ſi poſtea ſe legatorum exſolutioni in ſuum commodum vellet ſubducere, & allegare temere ſe tabulas non inſpexiſſe. *Non enim in odium & deſtructionem Teſtamentorum l.6. de Transactionibus poſſe torqueri, quæ in favorem teſtamentorum introducta eſt, ut ideo minus de Teſtamento cogitatum eſſe videatur.*

§. XXVI.

Nec favorabilius reſponſum ferunt, qui ſe aliter transacturos fuiſſe prætexunt, ſi totum teſtamentum vidiſſent. His *l. 12. ff. de Transact.* opponitur: *Non eſt ferendus qui generaliter in his, quæ teſtamento ei relicta ſunt, transegerit, ſi poſtea cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, ac non etiam quod poſteriore legatum eſt.* vid. Schifferdegger *l.c. quæſt. 8.*

§. XXVII.

Sed an, qui gratuito id, quod ex teſtamento debetur remittunt, non inſpectis tabulis, aliquam movere quærelam ex *l. 6. de Transactionibus* poſſint, Autorum diverſa judicia ſunt. *Struvius, Vinnius, Lynkerus* negant; *Buſius* diſſentit, *Brunnemannus* dubitat. Illi exiſtimant unicuique beneficium quod ab alio in ſe collatum invito quoque eo, qui id dedit repudiare integrum eſſe; Hi autem in hoc ſe fundari credunt, quod renunciare *legi 6.,* uti ſupra audivimus nefas ſit; ad quod tamen reſponſio vix deeſt diſſentientibus; qui dictam *legem 6.* ad transactiones ſolum ſpectare prætendunt non ad pacta, ſeu gratuitas remiſſiones, quarum alia plane conditio ſit, ac longe diſtincta ratio.

§. XXVIII.

Unde quoque communis doctorum sententia enata, fideicommisso a Fideicommissariis contra expressam Testatoris dispositionem renunciari posse, si in simplicis remissionis terminis subsistatur. Vid. *Petr. Mülleri addit. ad Struv. h. tit. exerc. 6. §. 57. lit. E.*

§. XXIX.

Ex quo satis patere arbitror, quam solicita eorum cura fuerit, qui communem illam de rebus testamentariis non inspectis Tabulis prohibitionem fategerunt defendere, ac stabilire. Vidimus leges, percepimus rationes, cognovimus extensiones, didicimus limitationes; neque nos credo pœnitebit, si & cautelas vulgatas adjiciamus, quas partibus nunquam non observandas magni nominis viri putavere.

§. XXX.

Prima hæc est; ut in ipso instrumento transactionis visi testamenti mentio fiat, daß nach dem er das Testament gesehen und gelesen, auch was ihme darinn vermachet gnugsam überleget, sie sich folgender Gestalt verglichen.

§. XXXI.

Secunda propterea excogitata est, quia corporalis inspectio, uti dictum, non semper creditur necessaria; consultum itaque ut in transactione contenta testamenti exprimantur, quod exinde, quod ea non ignoraverit transigens, constet e. gr. Nachdem mir glaubhafft von denjenigen Personen, so das Testament selbst gelesen, berichtet, daß der Testator mir darinnen sein Wohnhauß vermachet, mir aber dasselbe anzunehmen wegen unterschiedenen Ursachen bedencklich fället, so habe ich mich mit Mevio dahin verglichen.

§. XXXII.

Mereretur materia ut Facultatis Francofurtanæ re-

ſponſum ſubjicerem, niſi in eruditiſſimo de cautelis Contractuum Tractatu *Sect. 3. cap. 7. ʃ. 7.* Illuſtris Strykius id tibi exhibuiſſet, nec mihi ad diſſentientium momenta ac rationes properandum foret: & quid mihi videatur dicendum.

CAPUT III.

CONSPECTUS.

§ I. & II. *Æmylius Ferretius, Jacobus Cujacius &c. communem opinionem oppugnant.* §. III. *Triboniani imperitia ac præcipitantia.* § IV. *Commentarii antiquorum ſuppreſſi.* §. V. *acciſi; Triboniani labor commendatus.* §. VI. VII. *quem Gloſſatores venerati.* §. VIII. *Donec ex Gallia & Hiſpania nova ſubſidia* §. IX. *Antonii Auguſtini, Cujacii, Labitti opera laudabilis.* §. X. *L. 6. de Transact ad alium titulum pertinet.* § XI. *Oſtenditur ex l. 1. Teſt. quemadm. aper* § XII. XIII. XIV. *Cujacii opinio pluribus improbatur.* §. XV. XVI. XVII. *Labitti, Pancirolli, Antonii Fabri interpretatio commendatur.* §. XVIII. *Gerbardus Nood laudatur.* §. XIX. XX. XXI. *Cujus ſententia ex naturali æquitate ſubſidium eſt.* §. XXII. *quam nulla lex impedit.* § XXIII. *Sed confirmat l. 19. Cod. de Transact.* §. XXIV. *Lex 3. de Transact. explicatur.* §. XXV. XXVI. &c. *Gloſſatores communis opinionis cauſa.*

§. I.

Etſi ergo ii, qui Tribonianum nihil ſuperflue, ac oſcitanter, nihil imprudenter aut incurioſe in pandectis poſuiſſe credunt, transactionem nullam eſſe defenderint, quibus tabularum inſpectio præmiſſa non fuit, alii tamen inter quos Æmylius Ferretus, Jacobus Cujacius, Ægydius Hortenſius, Franciſcus Balduinus, Antonius Faber &c. non magnifice adeo de ipſius auſibus ſentiunt; ſed hic etiam non levem ejusdem errorem deprehendunt.

§. II.

Non enim uti communiter fieri ſolet, ex diſcerptis & male laceratis textibus, aut quibusvis legum apparen-

tiis

tiis aliquid concludere, sed ex integris potius, ubi fieri potest, veterum Jurisconsultorum commentationibus, firmi quidpiam deducere voluerunt; non ignari, alium & meliorem sæpe sensum hac ratione inveniri posse, nec tam facile in rectæ rationis, & Juris Romani regulas ac tenorem impingi.

§. III.

Fuit sane ut alii jam adnotarunt infinita ferme legum in statu Regio, populari, Imperatorio latarum moles: fuit ingens librorum a Jurisconsultis scriptorum multitudo, cui postquam Julius Cæsar remedium adhibere frustra cogitasset, Triboniani ac sociorum manus imperita sanitatem dare non potuit, accedente immani præcipitantia, qua in duobus millibus Voluminum confusam Jurisprudentiam brevissimo triennii spatio extricandam sibi proposuere.

§. IV.

Unde aliter fieri vix potuit, quam ut leges, edicta, scripta supprimerentur, abolitisque integris Commentariis cento scriberetur, qui non melius dicente *Hottomanno in Anti Triboniano Cap. 12. cohærere cernitur, quam si quis loco Homeri & Virgilii Eustathii & Servii Commentario offerret.*

§. V.

Quod suum factum speciosius palliare non valuere, quam veterum optima scripta ambitiose mordendo, ne desiderium subiret videndi ea, quæ interpolatione, arrosione, circumcisione semel facta, indignissima apparuere; Suis interim commentis ad cœlum exaltatis, suoque labore immenso multis verborum phaleris cupidæ legum Juventuti ad nauseam commendato.

§. VI.

Quæ astutia eum habuit successum, ut primis temporibus, cum inscitia ac barbaries adhuc regnaret, & historiarum, linguarum, ac philosophiæ studia in tenebris contabescerent, nemo fuerit, qui miseram & deperditam Juris æquique formam agnosceret; & armorum æreorum Glauci in felicem permutationem cum aureis Diomediis armis deprehenderet.

§. VII.

Ex quo demum nova pernicies; novique mali species emersit. Antiqui enim Glossatores, quibus judicium sæpe cum sentiendi libertate, & aliis necessariis ad hoc opus subsidiis defuit, desperatum quidem in his interruptis sermonibus interpretandis laborem adhibuerunt; sed aliud saltem informe & male cohærens vas effinxere, ex diversorum generum asseribus & costis, quæ ex ingenti doliorum cuparumque numero, ac dissolutione naufragium effugere.

§. VIII.

Qui profecto errorum in praxi adhuc hodie observantium verus ac genuinus fons est. Nam ex Italia, ubi feracissima de Jure Respondentium seges fuit, ad alios quoque perlatæ Jurisprudentiæ Civilis tabulæ sunt; & cum iis glossæ, explicationes, extensiones, ampliationes, limitationes, cautelæ Doctorum, quibus ita acquieverunt reliqui, ut basiarent & exoscularentur dicta, quod peregrina essent ac nova: donec efflorescentibus undique litteris, Goveani exsurgerent, Antonii Augustini, Balduini, Duareni, Cujacii, Hottomanni, quibus melior mens, major rerum Romanarum cognitio, amplior libertas spissam ex oculis caliginem abstersit.

§. IX.

§. IX.

Itaque labascere Triboniani autoritas cœpit, applicatumque ulceri remedium, quod potuit, ut quantum ex antiquorum Romanorum scriptis reliquum esset, ad interpretationem legum sæpe obscurissimarum adhiberetur. Conquirebat *Antonius Augustinus* Modestini librum de excusationibus; *Cujacius* Africanum edebat, Papinianum integrum, Pauli ad Edictum libros, Quæstiones, Responsa &c. Juliani digesta & libros ex Minicio Natali; item ad Ursei Ferocis librum de ambiguitatibus, ad Responsa Scævolæ, Ulpiani, Marcelli, Neratii, Modestini Responsa &c. *Balduinus* Scævolam producebat; *Jacobus Lectius* Macrum & Modestinum; *Jacobus Labittus* vero indicem legum omnium confecit, in quo singulæ ad Jureconsultorum libros, referuntur; Qui labor in ἀποσπασματίοις Pandectarum oppido utilis est, quorum dispersio, & nimia brevitas sæpe facit, ut nec facile assequi possimus, qua intentione vel in qua materia prolata sint, nisi ea, quæ ab eorum Autoribus eodem loco dicta sunt conferas, ex iisque connexis judicium formes.

§. X.

Per hæc subsidia multæ Glossatorum hallucinationes retectæ patuerunt; per illa lex etiam 6. de transactionibus, aliam longe faciem induit, quam Bartolus existimavit, & cum eo multi alii, qui his instrumentis uti vel noluere vel non potuere. Nam hoc caput uti præclare animadvertere Cujacius & Labittus a suo avulsum titulo in locum plane alienum imperite transmisit Tribonianus. Utique si ejus inscriptio capitis expendetur, quæ inscriptio habet, *Gajus lib. XVII. ad Edictum provinciale*, apparet, id pertinere non ad edictum

de pactis ac transactionibus, sed ad Edictum de tabulis aperiendis.

§. XI.

Quod clarissime arguit *L. 1. in pr. & §. 1. D. Testamenta quemadmodum aperiantur*, quæ est ex eodem Gaji libro XVII. ad Edictum Provinciale, quam Tribonianus quoad ultima verba discerptam repetiit in sæpe allegata *Leg. 6. de Transact.* Intererit id demonstrasse. Sensus Edicti talis est: *Omnibus quicunque desiderant tabulas Testamenti inspicere, vel etiam describere, despiciendi describendique potestatem facturum se Prætor pollicetur.* Hic Edicti tenor. Commendatio autem, quæ non Prætoris est sed Gaji ejusmodi est: *Ratio autem hujus Edicti manifesta est. Neque enim sine Judice transigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis Testamenti.*

§. XII.

Sic verissime Gajus. In hoc saltem diversus est Cujacius *in l. 1. & 6. h. tit.* ab aliis, quod *L. 1. testamenta quemadmodum aperiantur*, ad transactionem Judicialem referat, quasi male acceperit Tribonianus sententiam Gaji in *Lege 6.* qui per translationem fuerit usus verbo transigendi, ille acceperit proprie de transactione conventa.

§. XIII.

Quod male habuit Bachovium, Vinnium, imo ipsum Antonium Fabrum in rationalibus ad *l. 6. h. tit.* quod alioqui verba illa neque sine Judice transigi in absurdam & stultam abirent sententiam. Quis enim ita loqueretur sine Judice judicari non potest, aut quis unquam de eo dubitavit?

§. XIV.

§. XIV.

Unde etiam *Strauchius* in recitationibus publicis quas *Schilterus* allegat libere, *Explicatio*, ait, *l. 1. Test. quem. ap.: qualis a Ferreto, Cujacio & Hortensio proponitur, non potest probari; & tamen cardo tuendæ hujus sententiæ in eo versatur.*

§. XV.

Meliorem vero *Labitti, Pancirolli, Antonii Fabri* interpretationem ac medelam non potuit rejicere, nec rejecit. Nam hi eruditissime ostendere, non quæri in illo textu; An de Testamenti tabulis, non inspectis cognitisve verbis Jure Civili transigi possit: & si facta sit transactio, an infirmetur Jure Civili? Minime. De eo enim nihil edixit Prætor. Id inquiunt, vult Gajus, Edictum a Prætore summa ratione proponi. Quippe eo spectare, ut omnibus, quicunque desiderant, testamenti tabulas inspicere, vel describere fiat inspiciendi describendive copia; ut si de Testamento velint litigare apud Judicem, veritas facilius exquiri possit; sin malint transigere sine Judice, quam litigare, etiam controversia sine Judice componi aliquanto commodius possit.

§. XVI.

Igitur voluit quidem Prætor, iis Autoribus, præeunte simul Gajo eos qui hoc agunt ut litem de Testamento ortam, quacunque ratione dirimant, proditis & apertis tabulis testamenti juvare ne lædantur: sed non voluit transactionem, si nihilominus sit bona fide facta, non inspectis testamenti verbis rescindere ob causam non inspecti ante testamenti. Id enim non cogitavit Prætor: Utique de eo verbum non addidit; neque adeo potuit Gajus ejus interpres nisi desiperet, dicere.

§. XVII.

§. XVII.

Proinde si ex Gaji mente, ut debet, cum verum quæritur, explicanda sit, sive *lex I. Test. quemadm. aper.* sive *l. 6. de transact.* quæ ex illa descripta est, apparet, neutram resistere, quo minus valeat transactio de Testamento, etiam non inspectis ejus tabulis; quia Gajus cum ait: neque enim sine Judice transigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, tantum de facto locutus est, de jure loquutus non est. Adducam ea quæ habet *Schifferdeggerus in Disp. forens. ad Anton. Faber. l. 2. tract. 25. quæst. 7. Faber*, inquit, *noster arbitratur, & vere, errorem Triboniani hac parte in eo tantum fuisse, quod Gaji sententiam pro ratione allatam sic accepit, quasi simpliciter, & absolute prolatam. Quam rem etiam imposuisse Interpretibus, ut ea sit relata ad jus, quæ ad Cajo relata fuerat ad factam, ac si dixisset, non posse sciri, quomodo transigendum sit de controversiis, quæ ad testamentum pertinent, quin testamenti verba inspiciantur.*

§. XVIII.

Cui ultimæ sententiæ ac explicationi omnino accedo, quam omnium optime acutissimus apud Belgas JC. *Gerhardus Nood in suo Julio Paulo cap. 7.* proposuit; cujus perspicuis verbis etiam hic maximam partem usus sum.

§. XIX.

Et sane si ad naturalem respiciamus æquitatem, quid æquius est, quam lites sine dolo, mutuo consensu sopitas non resuscitari, ne ob causam quidem non inspecti testamenti? Nullus futurus esset litium eventus, si suo semper liceret, contravenire facto.

§. XX.

Nam quæ quæso necessitas ursit legatarium ut ad trans-

transactionem procederet, testamento nondum inspecto? Suppressum inquis fuit & occultatum. Atqui, poterat ille petere ab hærede, ut sibi fieret ejus inspiciendi describendique copia, vel per interdictum de tabulis exhibendis, vel ex Edicto, quemadmodum testamenta aperiantur. Quod cum neglexit de læsione conqueri non potest, quia nemo eum impedivit, quo minus necessariam sibi notitiam compararet. Habet quod sibi imputet non quod adversario, quem aut plane non ursit, aut sufficientibus remediis ad exhibendum compellere potuisset. At quod *quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* inquit *Pomponius l. 203. de divers. R. Juris.*

§. XXI.

Ergo nulla causa superest, cur velit rescindi, id quod sua voluntate est compositum. Prætoris hæc verba *sunt l. 7. ff. 7. de pactis. Pacta conventa, quæ neque dolo malo neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo.* Quod si vero adfuerit dolus aut aliqua fraus generale remedium sufficit; nec hic peculiare quidpiam occurrit, aut novum.

§. XXII.

At cedo legem, aut constitutionem, aut Juris Regulam. Nulla in tota antiquitate extat nulla e naturalibus principiis eruitur, qua transactio de controversiis ex testamento proficiscentibus utique bona fide facta improbetur ideo, quod facta sit non inspectis testamenti tabulis.

§. XXIII.

Tu contra vide, quid Diocletianus & Maximianus rescripserint *l. 19. cod. de transact.* sub *prætextu instrumenti*

postea reperti transactionem bona fide finitam rescindi jura non patiuntur. Quod si in Instrumento valet, & ante non cognito & post demum reperto, quid causæ est, quod testamentum velis rescissum, quod cognovisti, etsi non inspexeris?

§. XXIV.

Nec juvat, quod *transactio propter fideicommissum facta codicillis postea repertis invalidari dicatur lib. 3. ff. 1. de transact.* Non enim rescinditur semel inita transactio; sed declaratur de codicillis non fuisse cogitatum. *Conf. l. 12. de transf. in fine.* De testamento sine dubio cogitasti, a quo aliquo dando vel retinendo resiluisti: quemadmodum & de illa re ignorantiam prætexere non potest, quam nova instrumenta saltem majori luci exposuere.

§. XXV.

Itaque solus *Gajus* obstat, ad quem omnes suos intendunt digitos; sed non obstaret, si *Cujacium, Antonium Fabrum* aliosque prudentiores sequi maluissent, quam *Bartolum* & *Baldum*, qui ne per somnium quidem de vitio aut imperitia Triboniani aliquid rescivere.

§. XXVI.

Hi soli in causa sunt, cur huc usque *l. 6. de transactionibus* tantis ambagibus veluti illustris quædam exceptio fuerit commendata; curque uno dato absurdo plura fuerint admissa. Carere potuissemus tuto omnibus illis extensionibus, quas excogitarunt, & rationibus quas magno hiatu explicarunt, de casu seu chimæra soliciti, quam in legibus non inveniunt; nec quantum conjicio in Romanorum praxi.

§. XXVII.

Quod clarius elucescet, si nunc uti animus est allegatæ Doctorum objectiones & momenta excutiantur.

CAPUT

CAPUT IV.

CONSPECTUS.

§. I. II. *Ostenditur ex favore ultimarum voluntatum ad prohibitionem Transact. tabulis non inspectis non valere consequentiam.* § III. IV. V. *Testamenta non esse Juris Naturæ; sed positivi.* §. VI. VII. *Germanis nulla testamenta.* § VIII. IX. X. *Ratio Vinnii de favorabili Testamentorum exitu oppugnatur.* §. XI. XII. *Argumenta Legum.* §. XIII. XIV. XV. XVI. *Ratio Schilteri sine inspectione rem incognitam esse rejicitur.* §. XVII. *Nulla emphasis in verbis: Non potest.* §. XVIII. XIX. XX. *Triboniani jactantia inanis.* §. XXI. *Ejus hallucinationis ex Veterum fragmentis agnoscuntur.* §. XXII. *Non omnia in Corpore Juris Civilis sunt leges.* § XXIII. *Lex fin. Cod. de Rebus cred explicatur.* §. XXIV. *Græcorum fides.* § XXV. *Communis JCtorum consensus non est lex.* §. XXVI. *Quoad nostram controversiam communis consensus negatur.* §. XXVII. XXVIII. *Communes opiniones quanta efficacia.* §. XXIX. *Nec communis observantia est lex.* §. XXX. *Observantiæ variantes.* §. XXXI. XXXII. *Ratio nostra intentionis.* §. XXXIII. *Cur nulla præjudicia allegata?* §. XXXIV. *Differt. Conclusio.*

§. I.

PRimus Doctorum color ille fuit; Testamentorum favorem tam severam Triboniano prohibitionem expressisse, ne occultarentur tabulæ aut supprimerentur, & sic præcipitis deceptionis occasio foret. Sed fuit saltem color ac inanis prætextus, ut aliquid superesset ad semel arreptam sententiam defendendam. Nam age, fuerit aliqua apud Romanos voluntatum ultimarum cura, quod negare nec volo, nec possum, an necessarium propterea ut transactio bona fide facta rescinderetur? Ego vim consequentiæ desidero. Dolos fraudes ac technas occultantium tabulas aut Instrumenta nemo est probaturus: sed hi alia plane ratione in ordinem redigi possunt, ut jam antea observavimus, vel per interdictum de Tab. Exhibendis vel per Edictum Prætoris

ris testamenta quemadmodum aperiantur: vel denique per *legem XIX. cod. sub prætextu.* Hoc quicquid est ad glaucoma imperitis objiciendum videtur excogitatum. Decipi ac circumveniri nemo debet. In hoc assentior tibi. Sed an ignota est exceptio de dolo; aut doli actio?

§. II.

Quod si ulterius extendas favorem testamentorum, fac quæso ut probes: Illa lex Gaji nihil ut vidisti tibi opitulatur; nihil de favore testamentorum in ea dicitur. Tu vero argumentaris a baculo sæpe ad angulum. Testamentorum favor est. Ergo transigi de iis non potest sine illorum inspectione bono animo. Leges dolo non succurrunt; Ergo nec bonæ fidei, Ergo litium decisionem impedire volunt: Ergo dissensiones exposcunt, novas actiones, novas formulas.

§. III.

Cognoscis quo te falsæ ratiocinationes avertant. Ergo cum *Schiltero* ad gentium Jus recurris. Quid si dixerim ex jure naturæ præceptis non esse testamentis auxilium? In hac mecum opinione Illustris *Coccejus* est *disp. de Testam. Principum part. 1. §. 18.* In testamento transfertur jus, transfertur ab uno ad alium. An sufficit declaratio unius se velle dare; an non requiritur alterius consensus, se velle accipere? An deditio atque donatio sine acceptione intelligitur? Unius ergo defuncti concessio sine alterius consensu sua natura imperfecta, nulla, & inutilis est; adeoque de jure naturæ nec certa, nec stabilis.

§. IV.

Quocunque te conjicias videris captus. Nam testamentaria dispositio effectum suum exserit demum post mortem Testatoris. Hujus jus ac dominium non ampli-

amplius durat, quam ad ultimum vitæ momentum. Res in patrimonio hominum existentes vivis inserviunt; ad mortuos res humanæ nihil amplius attinent. At ex mente *Hugonis Grotii l. 2 cap. 16. §. 14. de J. B. & P.* forte disputas. Hic testamentum dicit alienationem universi patrimonii in mortis eventum ante eam revocabilem, retento interim jure possidendi ac fruendi. Permitte mihi ut a Grotio dissentiam. Nam quomodo hic alienatio esse possit non video. Translatio dominii ab uno in alterum supponit utique duas personas eo tempore, quo alienatio fit; ita ut deinceps res dici possit aliena ei, a quo in alterum fuit translata. Atqui Testator quousque ei spiritus reciprocatur, plenissimum jus in omnia sua bona sine ulla diminutione retinet. Nævus est Grotii, dum testatorem interim tantum retinere jus fruendi, possidendi & revocandi ait. Nihil magis ab ingenio ultimarum voluntatum abhorret. Quis enim unquam credidit aut putavit proprietatem rei vivo Testatore transmitti ad hæredem? ultimarum voluntatum vis post mortem demum incipit, nec ulla plane viventis est hæreditas; prout nec legatum intelligi potest nisi defuncto testatore. *l. 6. ff. pro legat.* add. *Puffendorff. J. N. & Gent. l. 4. cap. 16. n. 4.*

§. V.

Dico igitur, testamenta etiam quoad originem esse juris positivi, non quidem Romanis solum propria, sed aliis quoque gentibus, communia, quarum catalogum recensere pro nostro instituto supervacaneum censeo.

§. VI.

Id tamen non possum non monere in hoc admodum falli Clarissimum *Schilterum*, quod Germanos nostros in eis esse voluerit populis, quibus ultimarum vo-

luntatum cura fuerit. Verba e *Tacito* allata nihil aliud probant, quam eos luxisse mortuos suos, & dolorem sensisse ex eorum discessu. Clarius idem *Tacitus de Moribus Germanorum cap.20. Hæredes,* inquit, *successoresque sui cuique liberi, & nullum testamentum: si liberi non sunt, proximus gradus in possessione: fratres, patrui, avunculi. Quanto plus propinquorum tanto gratiosior senectus, nec ulla orbitatis pretis pretia.* Quæ ultima verba moverunt virum eruditissimum *Georgium Beierum*, JCt. Lipsiensem, ut crederet, usum testamentorum nullum fuisse, licet sine liberis & propinquis aliquis decesserit. Vid. *annotat. ejus ad ff. qui testamenta facere possint.*

§. VII.

Quæ omnia, utut verissima dicerentur, nihil tamen adversariæ parti accedere posset, etiamsi concederemus, testamentis de Jure Naturæ favorem competere. Vacillaret enim adhuc consequentia; testamenta de Jure Naturæ favorem habent, ergo de iis transigi bona fide nequit, non inspectis tabulis.

§. VIII.

Unde etiam sponte sua, quam *Vinnius* attulit, ratio corruit; publice interesse ut ultima hominum judicia exitum habeant. Quid enim sodes, addit transactio illis judiciis, quid detrahit? Quod si omnem de testamentis transactionem rejiceres, majus forte argumentationi tuæ inesset pondus: sed iis inspectis ac visis concedis; imo scientia aliunde hausta factam decisionem aut pactionem approbas. Quid ergo te impedit, quo minus omissa inspectione eandem facilitatem ostendas? Lex Gaji? At illa alia omnia loquitur. Doctorum opinio? Ast ista erronea est nullique fundamento probabili superstructa.

§. IX.

§. IX.

Tædet me rationem male cohærentium. Nesciunt sane Doctores quid loquantur. Circa gratuitam remissionem non visis ac consideratis verbis testamenti nihil movent; illamque validam esse posse permittunt. At si hæc ratio aliquid firmi in se contineat, etiam gratuitæ remissioni mittendum repudium foret. Nullus hic secundum eorum sententiam testamentorum exitus; nullum voluntatis defuncti implementum.

§. X.

Igitur illud *publice interest*, alium sine dubio habebit sensum. Nam alias nec repudiare liceret testamento oblatam hæreditatem; Alias invito res legata aut relicta acquiri deberet: & hominum libertas natnralis per illam male applicatam legem penitus censenda esset restricta.

§. XI.

At video sane, quod momentum eos egerit præcipites. Rationes omnes quas in prohibitione Transactionis de alimentis futuris ab *Ulpiano* deprehenderunt allegatas, huc quoque sine judicio traduxere. Quæ consuetudo quam plurium malorum ac paralogismorum in Jure lerna est. A diversis ad diversa non valere consequentiam logici sciunt. Hic vero tam inanis ac fallax argumentatio occurrit, ut qui ad eruditionem illam justam, ac masculam bona fide enituntur, merito ab ea abhorreant. Alia enim in controversiis testamentariis reliquis conditio est, quam alimentis, ubi qui modico contenti transigunt, tandem redacti ad incitas in Rempublicam recumbunt: quod ut declinandum quadam prohibitione putavit *D. Marcus*, ita in aliis transactionibus metuendum non est.

§. XII.

Haberem hic locum communem de argumentis legum,& ampliſſimum ſimul campum eorum deceptiones oſtendendi; niſi mihi otia accuratiſſimi viri feciſſent, imprimis *Gerbardus Noodius* in pulcerrimo ſcripto, quod *Julii Pauli* nomen tulit. Id addo,eſſe hoc medium non plane ineptum ad nugas & ſomnia elicienda, de quibus in ſomno nihil viderunt Autores; eſſe occaſionem, qua ſtultiſſima ſententia ſcribentibus affingi poſſit, Philoſophis, ſi ſimilis in eorum ſcriptis methodus teneatur, Theologis, Jureconſultis.

§. XIII.

Quæ tamen miſſa facio,quia nec corrigi poſſunt,ſed relinquenda fatis ſunt. Id urget *Bachovius* & cum eo magis aperte *Schilterus*, naturam transactionis inſpectionem tabularum expoſcere,quia ſine illa res neque certa neque dubia ſed neutro jure ſit. Agnoſce ſpecioſam rationem & plusquam Philoſophicam ſubtilitatem. Quid ergo? An transigis de re quam plane ignoras, & de qua nec agis,nec loqueris, nec tractas? An teſtamentum de quo ſermo eſt, res videtur penitus incognita? Jam autem judica, an majus ſubſit dubium ſi inſpiciantur verba,quam ſi non legantur. Lecta certitudinem tibi dare ſæpe poſſunt; De certis nulla transactio; Non inſpecta in incerto relinquunt mentem teſtatoris,dato alique vel retento.

§. XIV.

Sed apage inquis tuam incertitudinem: neſcis; neſcis,non dubitas. Neſcio,inquam,tenorem tabularum, latet diſpoſitio, latet legati aut rei hæreditariæ determinatio, ſed metuo interim lites,quæ in rebus teſtamentariis non ſunt infrequentes; Metuo ergo non improbabiliter

liter. Quod ipsum dubitare in jure est. Tu vero si velis ostende propter metum litis, non posse transigi.

§. XV.

Alienum vero ab hoc loco est, quod subjicitur, eum inepte dubitare, qui medio quo veritas inquiri debet, uti detrectat. Quid enim prodest rogo te inquirere in veritatem? ut transigas? Atqui ubi veritas in apricum deducta, vix ac ne vix quidem ad transactionem procedent partes. Sin ut dubites? dubitabis concedo magis forte ac magis: sed tamen jam ante dubius fuisti; & verecundam de lite cogitationem habuisti. Quid ergo hoc imprudentiæ est? quid ineptiæ? Percepimus supra ex Ulpiano, non esse vituperandum execrantem lites, aut habentem tanti, re carere.

§. XVI.

Sed pone & finge tibi, uti vis aliquam imprudentiam. Habebit ille qui transigit, quod sibi imputet. Nulla hic Reipublicæ salus versatur: nullum onus in eam devolvitur. Remittere si potest gratis imprudenter, poterit etiam transigere imprudenter. Audi *Schifferdeggerum l.c. Nihil probibet quo minus quis de eo transigat, quod sibi testamento relictum est, etiamsi quale, aut quantum sit ignoret. Absurdum siquidem est, eum qui totum remittere potuit donationis causa, parte debiti contentum esse non posse, re adbue incerta.*

§. XVII.

Quamobrem frustra se solicitum præbuit idem *Schilterus* in detegenda Emphasi verborum Caji: Non po est transigi. Jurarem omnino talia in mentem nunquam venisse Cajo: quamvis decertare nolim cum quopiam, *non posse* idem interdum in Juris nostri corpore significare, ac contra naturam alicujus rei esse. Hic saltem quæ-

F ritur

ritur an in *lege 6.* ejusmodi Emphasis sit, aut exclusiva significatio.

§. XVIII.

Verum enim vero hic, pergis, ille dignus te vindice nodus. Audivisti quid de Legislatoria Triboniani autoritate adseruerit *Schilterus*. Fac, non intellexisse cum commentationes Caji, dilacerasse ejusdem sententias, in alienum locum detrusisse. Ille Legislator est: potuit hoc facere, & novam dare præceptionem quæ tibi adeo videtur inanis, absona ac fallax. Ita est, amice suavissime, quisquis etiam ille fueris. Hoc fatum nostræ Jurisprudentiæ est, ut quod intricatum, obscurum, a ratione alienum, ab Analogia Juris diversum, spinis ac aculeis Triboniani obserant: Hæc non tantum Cascorum illorum superioris ævi Interpretum, in quibus per parum sani, methodus est: sed & cultissimo hoc seculo exortorum virorum magnorum ars, qua tenebris antiquis lumine suo conciliare splendorem annituntur. Sed non terret hoc ex pelvi fulgur. *Nimis superstitiosi*, hic *Backelmanni* ad prolegomena digestorum gravissimus sermo est, *Pandectarum sunt admiratores, qui eas omni numero adeo absolutas putant, ut quodlibet verbum veluti e tripode profectum pertinacissime servandum, nec quicquam in illis desiderari, aut corrigi posse, putant. Inepti plane sunt, qui id sibi persuaderi patiuntur verbis Justiniani, vel potius Triboniani laudibus hoc opus quasi in cælum evehentis, nunc elegantiam ostentantis, nunc methodum deprædicantis, nunc consonantiam asserentis, nihilque contrarium aut simile in eo reperiri testantis.*

§. XIX.

Res ipsa loqui debet, non Justinianus aut Tribonianus, qui præscribere intellectui leges, nec potest, nec debet: aut efficere, ut oculis nostris fidem omnem denegemus.

mus. Novimus plusquam satis eum falsi crimen impingere iis, qui veterum libros revocare,aut ex iis vitiosam scripturam arguere auderent; sed novimus etiam Viros in utroque Jure præclarissimos, hoc quicquid est habuisse tanti, non minus, quam illud notissimum assertum, Imperatorem esse Dominum mundi.

§. XX.

Digna gravi Jureconsulto verba sunt Bachovii *ad Tr. Vol. 2. Disp. 13. Thes. 4. l. I. K. Jam pridem,* ait: *Tribonianus erroris, ne quid gravius dicam convictus est,& recte Cujacius puerilem hæresin persuasionem illam appellat. Indignum scilicet est homine erudito, Imperatoris præsertim Latini, & Græci ita serviliter jura tractare. Ingeniorum hoc videtur imbecillitati damnatorum; & infra præstantiam humani acuminis demissorum. Quod semel ad excusationem mei dictum velim, si quid in hoc genere exciderit audacius: leges & decisiones Justiniani sequor, sed in rationes earum, quas sæpe ut colorem faceret, novis suis constitutionibus ipse sibi confinxit, inquirere & sub censuram veritatis revocare, piaculum non duco.*

§. XXI.

Igitur & veterum Jureconsultorum fragmenta conquirimus, ut tanto clarius Triboniani insignes hallucinationes patescant; aut etiam appareat, eum sæpe nec legem dare voluisse, sed aliquod saltem relinquere ex antiquis excerptum, quemadmodum in *Langii Polyanthea* ex oratoribus Poëtis Philosophis, quædam cernuntur ἀποσπασμάτια.

§. XXII.

Nam illud quod de singulis Juris civilis partibus adfertur, quasi omnia in iis legum adhuc hodie observandarum nomine veniant, non persuadet. Definitiones, ac rationes inconcinne allegatas nemo habebit pro legi-

bus: nemo varias Pauli ac Ulpiani opiniones ſine deciſione relictas venditabit pro præceptis; nemo denique id quod in *l. 6.* de transactionibus dicitur aliter capiet,aut ſaltem capere poteſt, quam intellexit Cajus, ex cujus libris eſt, niſi apertius Tribonianum deſipuiſſe velit adſerere.

§. XXIII.

Neque Romanorum in his praxis facile oſtendi poteſt. Falſa *Baldi*, *Saliceti* aliorumque in lege finali *Cod. de rebus creditis* decidendi ratio eſt, propterea legatarium id quod per perjurium acceperat reſtituere fuiſſe coactum quia *jusjurandum ſpecies transactionis eſt;* De teſtamento relictis vero non licere tranſigere, verbis teſtamenti non inſpectis. Aliam jam in ipſa lege celebratiſſimus *Strauchius in recitationibus publicis* invenit, quæ impium lucrum legatario voluit extorquendum, cum ocularis inſtrumenti Inſpectio eum apertiſſimi perjurii convinceret; ut taceam tam legem inter L. deciſiones eſſe.

§. XXIV.

Verba e Græcis allegata nihil aliud oſtendunt,quam illa Caji ὅτε διαλύεσθαι δυνατὸν eodem modo interpretari fas eſt, quam illud decantatum: *Non poteſt tranſigi.* Quod ſi vero aliud quid voluiſſent Baſilica, applicarem hic ea, quæ illuſtris *Strykius* alibi de Græcorum fide dixit, in *additam: tract. de cautelis contractuum p. 701. Sane quam Tribonianus*, inquit, *in Veterum Jureconſultorum libris ad genium ſeculi Juſtinianei adaptandis ſibi ſumſit, Interpolandi licentiam, illam longe arrogantius ſibi ſumſere Græcanicæ Jurisprudentiæ compilatores, quibus plerumque gaudio fuit a Juſtiniano noſtro diſcedere, ac concinnatam ab ipſo Jurisprudentiam alio ordine, revera tamen tumultuario meliori parte neglecta, vel ſtudio caſtrata ſub ſpecie novi corporis Baſilici exhibere.*

§. XXV.

§. XXV.

Id vero plane precarium est, quod ultimo urgetur: Jureconsultorum communem consensum vim legis, aut juris non scripti etiamnum obtinere. Dolendum sane est Viros alias acres, & eruditionis laudem merito habentes, huic opinioni subscribere, quæ nulla probabilitate sese commendare apta est. Quomodo enim in Jure opinio, quæ erroris sæpe convinci potest, majorem potest efficaciam habere, quam aliorum in quibusvis disciplinis erroneæ sententiæ aut Interpretationes? Quomodo error potest jus facere, inquit excellentissimus noster *Thomasius Disp. de Jure Consuetudinis ∫.6. quomodo consuetudo, quæ a libertate utentium, quanta quanta est, dependet, libertatem aliorum in populo & parium quidem tollere poterit & vim legis habere?*

§. XXVI.

Communis hic, instas, Doctorum consensus est. Ego vero ut scias id plane nego; vidimus quid *Ferretus, Cujacius, Balduinus, Labittus, Strauchius* aliique senserint, quid *Antonius Faber, & Noodius* observaverint; nisi quidem e pluribus communem æstimare consensum, aut veritatem ex docentium copia dijudicare velis.

§. XXVII.

At plures etiam pessime sæpe cæcutiunt, vacillant, labuntur. Nec mirum hoc frequentissime fieri, cum magna nomina reliquis præstringant oculos, & licet detegi veritas possit, nubem pro Junone objiciant, ne in ipsas leges, & earum rationes inquirant, sed ubi turba & amplissima Doctorum corona est, hic quoque subsistant; & cum errantium multitudine eadem chorda, iisdemque fidibus laudant.

§. XXVIII.

Non possum non locum egregium Bachovii, in quo

contra Treutlerum disputat *Vol. I. de Just. & Jure thes. 8.* huc referre: *Communibus opinionibus ad rationem Juris Romani exactis plus æquo tribuit: vel quia in exquirenda veritate numeri rationem habere rectum non est; neque enim numerandæ, sed ponderandæ sententiæ sunt, vel quia Doctores, qui in communibus illis opinionibus familiam ducunt, utpote subsidiis illis, quæ ad veram Juris Romani cognitionem necessaria sunt, destituti, non raro etiam in ipsa juris principia impingunt vel denique quia plerumque alii alios non judicio, neque ratione, sed autoritate tantum ducti sequuntur; & fit hac sententia, ut plerique quod vera ratio & etiam textus juris suadent, securi, a communi tantum opinione pendeant.*

§. XXIX.

Quod ipsum etiam in judiciali observantia obtinet. Aut enim non omnium judiciorum uniformis sententia deprehenditur; aut si sit non omnis tamen rectius sentientibus libertas præcisa est, mutandi ea, quæ immutabili fundamento destituuntur. Ipsi Judices sive unus sit sive plures nec legem sibi dixere, nec dicere possunt, se eodem semper modo, quo pronunciarunt velle perpetuo pronunciare. Possunt admissi errores corrigi, potest aliam induere sententia faciem, cum collegæ mutantur, & per collecta vota, non per tacitum usum proceditur. Ipsa suprema judicia non raro ab observantia sua recedunt. Hic nulla lex est, nulla consuetudo, quæ omnem correctionem impediat.

§. XXX.

Ii autem decipi se videbunt clarissime, qui conformem e judiciis jurisprudentiam sibi fingere adlaborant. Opera *Carpzovii* & *Finckelthusii* satis docent in una civitate oppositas dari observantias judiciales; Aliter in Marchia, in Pomerania aliter, aliter in Suevia sæpe pronunciatur.

tiatur. Tu videſis quomodo hic conſonantiam exculpas. Ubivis rationes ſunt, leges citantur, Doctores allegantur; Hic Mevius eſt, illic Carpzovius; hic Gailius; illic Klockius, & ſi ſeptem deſideres nomina, invenies forte ubivis, communes opiniones contra communes, communes obſervantias, contra communes obſervantias.

§. XXXI.

Ergo hoc volumus, vitio nobis neutiquam dari poſſe, quod transactionem in rebus teſtamentariis, non inſpectis tabulis validam dixerimus, contra maximam Doctorum partem. Rationes ſecuti ſumus, non autoritates; leges ipſi inſpeximus, & quod repertum a nobis eſt, enunciavimus, noſtris oculis plus fidei attribuêntes, quam aliorum teſtimoniis, quæ ex cœca imitatione profluxerunt.

§. XXXII.

Hac ratione limitationes a Doctoribus excogitatæ ſua mole concident; Non opus erit illorum cautelis ac ampliationibus, quæ ex falſis interpretationibus, ac ratiocinationibus augmentum cepere. Quod ſi tamen ii qui in foro verſantur, ubi communis opinio regnat, eo apparatu iisque ſubſidiis uti velint, ii, per me licet, iis omnibus utantur, dummodo non credant ex *Leg. 6.* de transactionibus eas neceſſario deduci doctrinas.

§. XXXIII.

Pro nobis vero tum demum allegabimus præjudicia, cum apertis luminibus & Doctores & Judices hanc oſtenſam veritatem agnoſcent. Habebunt impoſterum, ex quo ſecurius ſuadebunt, admonebunt, ſcribent, loquentur; neque ſpes omnis abeſt, fore aliquando, ut remoto autoritatis velo hæc omnia prudentiſſime mutentur.

§. XXXIV.

§. XXXIV.

Qua spe fretus totam hanc disputationem verbis *Johannis Fabri ad §. in. Institut. de Legat.* concludo: *Quod appellamus Praxin, non est nuda ac circumforanea Praxis. Cujusmodi est Procuratorum Forensium, sed jurisprudentiam applicare negotiis.*

FINIS.

COROLLARIA.

I. *Rex Bobemiæ non est Status Imperii.*

II. *Rex Bobemiæ non conficit una cum reliquis Electoribus Capitulationem Cæsaream.*

III. *Falsum est Tutelam in Electoratu semper competere proximo Agnato.*

IV. *Possunt Electores dari in Testamento Tutores excluso proximo Agnato.*

V. *Superioritas territorialis non fuit incognita antiquis Germaniæ temporibus.*

VI. *Archi-Ducum Austriæ Titulus Friderici III. tempore demum usurpari cœpit.*

VII. *Archivum in Controversiis illustrium parum probat.*

VIII. *Competit Statibus Imperii Jus belli tam offensivi, quam defensivi.*

IX. *Errat tamen Limnæus, qui hoc ex Legibus Imperii voluit probare.*

X. *Quæstio Domitiana est in* l. 7. §. 4. de Jurisd. *An is, qui jussu Prætoris album corrupit teneatur actione albi corrupti.*

XI. *Fuit Bartolus Jureconsultus doctissimus & acutissimus, quem & ego veneror.*

ERRATA

pro Gaji & Gajus semper legas Caji & Cajus.